

## VIII. Derecho de *trusts*

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN\*

Loi núm. 2010-658, du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

### 1. Introducción

El artículo 1 de la ley 2010-658, de 15 de junio, ha introducido una nueva sección 2 en el capítulo VI del Título II, Libro IV del código de comercio francés que lleva por título «Del empresario individual con responsabilidad limitada». Esta nueva regulación permite a todo empresario individual crear uno o varios patrimonio(s) afectado(s) o adscrito(s) a alguna de sus actividades profesionales (comerciales, artesanales, agrícolas o profesiones liberales), al margen de su patrimonio personal y sin tener que constituir una sociedad. De acuerdo con los dos primeros párrafos del artículo L.526-6, párrafos primero y segundo:

«Todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin crear una persona jurídica. Este patrimonio está compuesto por el conjunto de bienes, derechos, obligaciones o garantías de las que es titular el empresario individual, necesarios para el ejercicio de su actividad profesional. Puede comprender igualmente los bienes, derechos, obligaciones o garantías de las que es titular el empresario individual, utilizados para el ejercicio de su actividad profesional y que decide afectar a la misma. Un mismo bien, derecho, obligación o garantía no puede entrar sino en la composición de un solo patrimonio afectado.»

Durante la tramitación parlamentaria de la ley en el Senado se introdujo la posibilidad de que una misma persona pudiera constituir más de un patrimonio afectado. No obstante el artículo 14.II del texto definitivo aplaza esta posibilidad hasta el 1 de enero de 2013 (a pesar de que el resto del texto legal entró en vigor el 1 de enero de 2011) y se prohíbe que un mismo bien pueda ser objeto de más de un patrimonio.

La figura del patrimonio afectado del empresario individual representa una medida más, entre las que ha ido adoptando el legislador francés en los últimos años, dirigidas a preservar los bienes que integran el patrimonio de los empresarios individuales, limitando la propagación de las deudas sociales al mismo. El artículo L. 313-21 del código monetario y financiero ya retomó una antigua disposición del año 1984 dirigida a permitir al empresario individual, que por necesidades de su actividad tiene que recurrir a financiación externa y a quien la entidad crediticia exige la constitución de una garantía, proponer (aunque con carácter no vinculante) que la misma recaiga con carácter preferente sobre los bienes necesarios a la explotación de su actividad. Y la ley 2003-721 de 1 de agosto de 2003, para la iniciativa económica,

\* Prof. Titular. Universidad de Cantabria.

junto con la *ordonnance* 2006-346 de 23 de marzo de 2006 y la ley 2008-776 de 4 de agosto de 2008 recogieron en los artículos L. 526-1 y siguientes del código de comercio la posibilidad de declarar inembargables la residencia principal y cualesquiera otros bienes inmuebles no afectados a la actividad profesional de comerciantes, artesanos, agricultores y ejercientes de profesiones liberales. Esta posibilidad se encuentra recogida hoy en el Libro V, Título II, Capítulo VI del código de comercio, que lleva por título «De la protección del empresario individual y del cónyuge». El capítulo VI se divide a su vez en dos secciones, la primera dedicada a regular «De la declaración de inembargabilidad» y la segunda destinada a regular la medida objeto de esta Crónica, bajo el título «Del empresario individual con responsabilidad limitada».

Con todo, de acuerdo con los textos de los trabajos preparatorios (fundamentalmente el *Rapport* realizado por Mme. Laure de la Raudière y presentado ante la Asamblea Nacional y l'*Etude d'Impact* (<http://www.legifrance.gouv.fr>), la ley 210-658 obedece a una necesidad social que no se ha visto resuelta por las reformas legislativas anteriores. «La mitad de los empresarios franceses ejercen su actividad profesional en nombre propio y se exponen así a que la totalidad de su patrimonio –profesional y personal– se vea embargado en caso de dificultades. Tales dramas, que se producen cada día y en cualquier sitio en Francia, constituyen una profunda injusticia. Si bien el alea profesional debe ser un riesgo, no puede conducir a la ruina de las familias». Añade el *Rapport* que la voluntad de crear un patrimonio afectado se ha ido constituyendo lentamente (ya se puso de manifiesto con ocasión de la tramitación de la ley de modernización de la economía de 2008) y que los dispositivos anteriores se han revelado insuficientes para ello.

Uno de los dispositivos dirigidos a preservar los bienes que integran el patrimonio personal ha sido precisamente el contrato de *fiducie*, que instauró la ley 2007-211, de 19 de febrero y que la ley 2008-776 de modernización de la economía, de 4 de agosto, desarrollada por la *ordonnance* 2009-112 de 30 de enero de 2009, sobre diferentes medidas relativas a la *fiducie*, han hecho extensible a las personas físicas, con la salvedad de los menores y las personas sometidas a tutela (arts. 408-I y 509.5 CC). Como tuvimos la ocasión de ver en la Crónica publicada en ADC, 3, 2007, 1379-1383, la *fiducie* permite la constitución de un patrimonio separado afectado a un fin de gestión o garantía pero, a día de hoy, la administración de dicho patrimonio no puede ser desempeñada por el constituyente. La *fiducie* exige encomendar la gestión del patrimonio a un fiduciario que ha de reunir las cualidades previstas en el artículo 2015 CC:

«Solo pueden ser tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito mencionados en el artículo L. 544-1 del código monetario y financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo L. 518-1 del mismo código, las compañías de inversión mencionadas en el artículo L. 531-4 del mismo código así como las compañías aseguradoras reguladas en el artículo L. 310-1 del código de seguros. Los miembros de la abogacía pueden tener también la calidad de fiduciarios.»

Asimismo, la constitución de la *fiducie* requiere cumplir con una serie de formalidades (arts. 2018 y 2019 CC) que dificultan y encarecen su utilización.

## 2. Flexibilidad en la constitución del patrimonio afectado

La constitución del patrimonio separado del empresario individual resulta más sencilla y menos costosa que la transmisión de bienes en *fiducie* o la creación de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. El empresario individual –que puede ser incluso un menor ya que el art.389.8 CC. reconoce la posibilidad de constituir patrimonios afectados a quienes han cumplido 16 años y cuentan con la autorización de sus progenitores o su representante legal, con autorización del juez tutelar– debe declarar, ante el Registro profesional en que figura inscrito o en su defecto ante el Registro del juzgado mercantil correspondiente al lugar en que tiene su sede principal, los bienes, derechos, obligaciones o garantías que quedan afectos a su actividad profesional y el objeto de tal actividad. Deberá incluirse una descripción de la naturaleza, calidad, cantidad y valor de los bienes, pudiendo incluirse todos aquellos que resulten necesarios o útiles al desempeño de la actividad (art. L. 526-8). A estos efectos se proporciona un modelo de declaración de afectación en los registros competentes y en la web oficial destinada al empresario individual con responsabilidad limitada ([www.eirl.fr](http://www.eirl.fr)). Sólo la afectación de determinado tipo de bienes requiere el cumplimiento de ulteriores formalismos, bajo sanción de inoponibilidad de la afectación y consiguiente tratamiento unitario del patrimonio del empresario individual. Así, la afectación de un bien inmobiliario requiere el otorgamiento de acto notarial al que hay que dotar de publicidad por medio de su inscripción en el *Bureau del Hypothèques* (art. L. 526-9). La afectación de un bien de valor superior a 30.000 euros (valor establecido por Decreto núm. 2010-1706, de 29 de diciembre 2010 relativo al empresario individual con responsabilidad limitada) debe ir acompañada de una valoración efectuada por autoridad competente (art. L. 526-10). Y la afectación de un bien común o en régimen de pro indiviso exige contar con el consentimiento del cónyuge o cotitulares e informar acerca de cuáles son los derechos que tienen los acreedores del patrimonio afectado (art. L. 526-11).

## 3. Separación patrimonial a efectos de responsabilidad

El interés del patrimonio afectado radica sin duda en la posibilidad de hacer valer la separación frente a los acreedores del empresario individual cuyos créditos son de fecha posterior a su creación. Hasta la entrada en vigor de la ley 2010-658, esto sólo era posible en derecho francés a través de la creación de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada porque ni tan siquiera el régimen jurídico de la *fiducie* garantizaba la estanqueidad entre el patrimonio fiduciario y los restantes bienes del constituyente y/o fiduciario. Recordemos que a pesar de proclamarse la separación de patrimonios bajo la titularidad del fiduciario (arts. 2011 y 2025.1 CC) «en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, el patrimonio del constituyente constituye la prenda común de sus acreedores, salvo estipulación contraria del contrato de *fiducie* que ponga todo o parte del pasivo a cargo del fiduciario. El contrato de *fiducie* puede igualmente limitar la obligación al pasivo fiduciario al sólo patrimonio fiduciario. Tal cláusula sólo es oponible a los acreedores que la hayan aceptado expresamente». Es decir que a no ser que las partes hubiesen limitado la responsabilidad por las deudas derivadas de la

conservación o gestión de dicho patrimonio a los bienes existentes en el mismo (lo que exige el consentimiento expreso de los acreedores del patrimonio fiduciario), el patrimonio del constituyente o el del fiduciario responden subsidiariamente de tales deudas.

La separación patrimonial se encuentra asegurada sin embargo con la ley 2010-658. La afectación es oponible, en todo caso, a los acreedores cuyos derechos han nacido posteriormente al depósito de la declaración de afectación e incluso a aquellos cuyos derechos son anteriores si, habiendo sido debidamente informados, no se han opuesto a la afectación. Tanto la información como la oposición deben efectuarse en la forma prevista reglamentariamente. La oposición a la declaración de afectación por parte de los acreedores con derechos anteriores a la misma no impide la constitución del patrimonio afectado pero da lugar a un pronunciamiento judicial que, en caso de resultar favorable a dichos acreedores, ordenará que se proceda al reembolso de sus derechos de crédito. O alternativamente, y siempre que el empresario individual las ofrezca y se consideran suficientes, a que se constituyan garantías a favor de esos acreedores (art. L. 526-12).

Con el fin de hacer posible esta separación patrimonial, el artículo L. 526-12 CCom. Deroga expresamente el principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en los artículos 2284 y 2285 CC:

«Por derogación de los artículos 2285 y 2285 del código civil: 1.º Los acreedores a quienes la declaración de afectación es oponible y cuyos derechos han nacido con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que se encuentra afecto el patrimonio tienen por única garantía general el patrimonio afectado. 2. Los demás acreedores a quienes la declaración de afectación es oponible tienen como única garantía general el patrimonio no afectado.»

No obstante, como excepción a la estanqueidad del patrimonio afectado, el mismo artículo L. 526-12 añade que el empresario individual con responsabilidad limitada deberá responder con la totalidad de sus bienes y derechos en caso de fraude o incumplimiento grave de las reglas referentes a la afectación y separación del patrimonio. Y, en caso de insuficiencia del patrimonio no afectado, sus acreedores podrán satisfacer sus derechos sobre el beneficio obtenido por el empresario individual durante el último ejercicio. De esta forma se evita que una situación de declaración de concurso personal por parte del empresario pueda coexistir con una situación profesional boyante.

La oposición de la afectación a los acreedores del empresario y a los terceros con quienes éste se relacione, con carácter general, exige dotar de las debidas medidas de publicidad a la creación y evolución del patrimonio afectado. La ley 2010-658 exige a estos efectos, junto a la obligación de publicar la declaración de afectación en el registro profesional correspondiente (ver *supra* art. L. 526-7), la de que el empresario utilice su nombre, precedido o seguido de las palabras «empresario individual con responsabilidad limitada» o la sigla «EIRL», en toda la documentación relativa al desempeño de su actividad profesional (art. L. 526-6). El incumplimiento de dicha obligación puede ser objeto de una sanción económica (art. L. 526-20). Asimismo, el empresario deberá llevar una contabilidad autónoma de la actividad profesional a la que se encuentra afectado el patrimonio –de acuerdo con las reglas aplicables a los comerciantes y por medio de la apertura de cuentas bancarias destinadas exclusivamente a la actividad profesional que

ha originado la creación del patrimonio afectado— que deberá depositar anualmente ante el Registro en que se efectuó la declaración de afectación (arts. L. 526-13 y L. 526-14).

#### 4. Régimen fiscal

El patrimonio afectado del empresario individual no sólo se caracteriza por la sencillez en su constitución y la separación patrimonial a efectos de responsabilidad por deudas sino también por un atractivo régimen fiscal. La ley 2010-658 ha modificado el artículo 1655 sexies del código general de impuestos a efectos de reconocer al empresario individual —siempre que éste no sea un auto-emprendedor— la posibilidad de optar por declarar los beneficios derivados de su actividad profesional conforme a las reglas del Impuesto de Sociedades. En caso de ejercer tal opción, irrevocable, el régimen impositivo será el mismo que el previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Es decir, una tasa reducida del 15% hasta 38.120 euros y 33, 33% a partir de esa cantidad. De no utilizarse la opción, se aplicarán por defecto las normas del Impuesto sobre la Renta.

#### 5. Modificación y extinción del patrimonio afectado

El contenido del patrimonio afectado se verá modificado por aplicación del principio de subrogación real o en el caso de que el empresario incorpore nuevos bienes al mismo. A estos efectos deben cumplirse las obligaciones contables anuales que permiten actualizar la composición y valor del patrimonio y las formalidades previstas para el caso de que los nuevos bienes aportados sean inmuebles, bienes de valor superior a 30.000 euros o bienes comunes o en régimen de pro indiviso. La modificación puede afectar también a la titularidad del patrimonio ya que la ley 2010-658 prevé la posibilidad de que el mismo pueda ser transmitido *inter vivos* (art. L. 526-17) o *mortis causa* (art. L. 526-16) a una persona física, manteniendo la afectación en el patrimonio del heredero o cesionario. Este cambio debe ir acompañado del depósito de una declaración de continuación de la actividad profesional por parte del heredero, o de transmisión del patrimonio afectado por parte del cesionario, ante el registro en que se efectuó la declaración de afectación.

En caso de no transmitirse *mortis causa* el patrimonio afectado tras el fallecimiento de su titular así como en el supuesto de renuncia a la afectación, la declaración de afectación dejará de producir efectos y con ello la separación entre patrimonio personal y profesional y la posibilidad de seguir tributando en el impuesto de sociedades. No obstante, en el caso de fallecimiento o de que la renuncia venga acompañada del cese en el desempeño de la actividad a la que se encontraba adscrito el patrimonio profesional, los acreedores profesionales sólo podrán dirigirse contra el patrimonio afectado. Deberá hacerse referencia a cualquiera de estas dos circunstancias en el mismo registro en que se inscribió la declaración de afectación (art. L. 526-15).

#### 6. Conclusión

Con la ley 2010-658 el legislador francés ha querido estimular el espíritu empresarial, combinando las ventajas de la empresa individual (rapidez y

sencillez en la constitución y gestión de la actividad y no exigencia de un capital mínimo inicial) con las de la estructura societaria (separación patrimonial y régimen fiscal ventajoso). Para ello el legislador ha creado una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 2284 CC. La ley 2010-658 permite crear patrimonios adscritos al ejercicio de actividades empresariales y que absorben los riesgos de dichas actividades al sustraer los demás bienes del empresario individual de la obligación de responder de las deudas profesionales. La oportunidad de la medida es indiscutible en las actuales circunstancias económicas aunque su éxito dependerá en gran parte de la reacción de las entidades financieras a la hora de conceder crédito. Tratándose de pequeños empresarios con pocos bienes que adscribir a su actividad profesional, será difícil impedir que se condicione la concesión de crédito a la constitución de ulteriores garantías que sigan poniendo en riesgo el patrimonio personal del empresario.

Han sido nuevamente circunstancias de orden económico –estimular el emprendimiento– las que han acallado parte de las reticencias que tuvieron los parlamentarios franceses al aprobar y reformar la ley sobre la *fiducie*. Efectivamente, con ocasión de la reforma realizada por la ley 2008-776, de 4 de agosto de 2008, se amplió la posibilidad de transmitir bienes en *fiducie*, con la consiguiente separación patrimonial, a las personas físicas. Pero a día de hoy la utilización de la figura sigue exigiendo que la afectación vaya acompañada de la transmisión de los bienes a un tercero (el fiduciario), que ha de reunir las cualidades del artículo 2015 CC. Por medio de la ley 2010-658 se ha dado un paso más al permitir la constitución de varios patrimonios empresariales bajo la titularidad del mismo constituyente. Confiemos en que sea cuestión de tiempo el que desaparezcan los recelos hacia la posibilidad de crear patrimonios de afectación a título de liberalidad.